



TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE RIOHACHA
SALA CIVIL – FAMILIA - LABORAL
RIOHACHA- LA GUAJIRA

Riohacha, nueve (09) de diciembre de dos mil veintiuno (2021).

Magistrado Ponente: Dr. CARLOS VILLAMIZAR SUAREZ

ACCIÓN:	PROCESO ORDINARIO LABORAL – LEY 1149 DE 2011
PROVIDENCIA	SENTENCIA ACUMULADA
DEMANDANTE:	YURLEIDIS PEREZ ALVAREZ Y MARIA ALEJANDRA BECERRA RODRIGUEZ
DEMANDADO:	EDUVILIA FUENTES BERMUDEZ y solidariamente contra MINISTERIO DE EDUCACIÓN y FONDO FINANCIERO PROYECTOS DE DESARROLLO – FONADE
JUZGADO ORIGEN:	Laboral del Circuito de San Juan del Cesar, La Guajira
TEMA:	CONTRATO REALIDAD Y SOLIDARIDAD
RADICACION No.:	44650310500120140026501

Discutido y aprobado en Sala Según **Acta No. 80** del nueve (09) de diciembre de dos mil veintiuno (2021).

Se procede a proferir sentencia escrita conforme lo autoriza el decreto 806 de 2020 artículo 15 numeral 1º y una vez surtido el traslado a las partes para que alegaran de conclusión, con el fin de resolver el Grado Jurisdiccional de Consulta y la apelación de la sentencia dictada el **06 de julio de dos mil veintiuno (2021)**, por el Juzgado Laboral del Circuito de San Juan del Cesar, La Guajira, en el proceso de la referencia y que fuere repartida ante esta Corporación judicial el día 25 de agosto de 2021 y con **ingreso efectivo al despacho del 31 de agosto de 2021**, según constancia secretarial.

Por disposición del art. 279 y 280 del CGP, esta sentencia será motivada de manera breve, porque demanda, contestación y actuaciones procesales son suficientemente conocidas por las partes del proceso, para iniciar el argumento desde la sentencia de primera instancia.

I. ANTECEDENTES

YURLEIDIS PEREZ ALVAREZ Y MARIA ALEJANDRA BECERRA RODRÍGUEZ demandaron a la señora EDUVILIA MARÍA FUENTES BERMÚDEZ, y solidariamente al MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL y al FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO- FONADE, pretendiendo se declarara: (i) la existencia de un contrato de trabajo con extremos temporales del 06 de septiembre al 15 de diciembre de 2011(ii) que se condenara al pago de: prestaciones sociales y vacaciones causadas en dicho período (iii) la ineficacia de la terminación del contrato, con orden de pago de salarios y prestaciones sociales por el tiempo que permaneciera cesante (iv) reclama la declaratoria de solidaridad respecto de las entidades demandadas a términos del artículo 34 del C.T.S., (v) que se falle extra y ultra petita vi) y las costas procesales

Como pretensión subsidiaria petitionó el pago de la sanción moratoria de que trata el artículo 65 del C.S.T.

Como sustento de sus pretensiones indicaron: haber celebrado contrato de trabajo con la señora EDUVILIA FUENTES BERMÚDEZ, del 06 de septiembre al 15 de diciembre de 2011, fecha cuando terminó el contrato sin justa causa. Que desempeñaron los cargos de AUXILIAR DOCENTE (MARÍA ALEJANDRA BECERRA RODRÍGUEZ) Y DOCENTE (YURLEIDYS PÉREZ), a cambio de un salario de \$1.000.000 y \$1.200.000 respectivamente, desarrollaron labores tendientes a la educación, cuidado y nutrición de

niños y niñas menores de 5 años en situaciones de vulnerabilidad, a fin de dar cumplimiento al objeto y las obligaciones de los convenios de gestión de proyectos 211012 celebrado entre el MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL y FONADE, en virtud del cual la demandada FUENTES BERMÚDEZ en su calidad de propietaria del establecimiento de comercio COLEGIO GABRIELA MISTRAL, suscribió los convenios de prestación de servicios con FONADE. Informaron que, en desarrollo del contrato laboral, fueron subordinadas de su empleadora EDUVILIA FUENTES, cumplieron horario, sin que liquidara y pagara prestaciones sociales y vacaciones, ni se acreditara la afiliación al sistema de seguridad social y parafiscalidad y que se agotó la reclamación administrativa. Finalmente expresaron que las entidades demandadas son solidariamente responsables.

2.1. CONTESTACIONES DE LAS DEMANDAS

Las demandadas en solidaridad dieron respuesta de la siguiente forma:

FONADE

Manifestó no ser solidariamente responsable de las condenas reclamadas. Se opuso a todas y cada una de las pretensiones y propuso como excepciones previas; FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA, y de fondo: INEXISTENCIA DE LA SOLIDARIDAD y PÓLIZA DE SEGUROS QUE AMPARA EL INCUMPLIMIENTO DE OBLIGACIONES LABORALES, COBRO DE LO NO DEBIDO, FALTA DE CAUSA PARA PEDIR, PRESCRIPCIÓN, BUENA FE Y LA GENÉRICA.

MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL: Aceptó haber suscrito el contrato referido en la demanda y de otra parte, adujo no constarle los hechos narrados y se opuso a la totalidad de pretensiones. Finalmente propuso como excepciones previas: FALTA DE JURISDICCIÓN, FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA, SOBRE LA SOLIDARIDAD DEL MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL, NO COMPRENDER LA DEMANDA TODOS LOS LITISCONSORCIOS NECESARIOS YA QUE EN EL PRESENTE PROCESO NO SE DEMANDÓ A LA INTERVENTORA C Y M CONSULTORES QUIEN EN ÚLTIMAS QUIÉN EJERCÍA CONTROL, VIGILANCIA, SUPERVISIÓN E INDICABA CÓMO SE ESTABA EJECUTANDO EL CONVENIO Y CONTRATO DEMANDADOS, PAGO DE LO NO DEBIDO Y BUENA FE DEL MEN y de fondo: FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA DEL MEN, SOBRE LA SOLIDARIDAD DEL MEN, INEXISTENCIA DE UN CONTRATO LABORAL ENTRE EL DEMANDANTE Y EL MEN, INEXISTENCIA O FALTA DE CAUSA PARA DEMANDAR, PRESCRIPCIÓN, FUERO DE ATRACCIÓN Y LA GENÉRICA.

EDUVILIA FUENTES BERMÚDEZ:

Pese a haberse notificado de la demanda, no contestó.

2.2 LA SENTENCIA APELADA

El Juez de conocimiento, profirió Sentencia en la que concedió las pretensiones incoadas en la demanda declarando la existencia de un contrato de trabajo, impuso condena al pago de prestaciones sociales, salarios y vacaciones, declaró la ineficacia de la terminación del contrato, reconoció la solidaridad respecto del MEN.

Encontró cumplidos los presupuestos procesales, y agotada la reclamación administrativa analizó las pretensiones incoadas en el siguiente orden:

(i) CONTRATO DE TRABAJO:

Citó el contenido de los artículos 22 y 23 del C.S.T., refirió que las actoras fueron contratadas mediante contrato verbal de trabajo, quienes desarrollaron labores

tendientes a la educación, cuidado y nutrición de los niños y niñas menores de cinco años en situación de vulnerabilidad, beneficiarios del programa de Atención Integral a la Primera Infancia PAIPI y con base en los testimonios recaudados en juicio, tuvo por establecido el salario de las demandantes.

En relación con las reclamaciones de PRESTACIONES SOCIALES, SALARIOS, VACACIONES Y AUXILIO DE TRANSPORTE deprecadas y atendiendo la falta de prueba de su satisfacción a la terminación del contrato cuantificó las condenas, declaró la ineficacia del despido, e impuso la sanción contemplada para el efecto desde la terminación del contrato hasta la verificación del pago de aportes parafiscales y al sistema de seguridad social; abordó la norma que contempla la sanción, precisando que tuvo la oportunidad dentro del proceso para demostrar que realizó los aportes a seguridad social y parafiscalidad correspondientes, sin embargo no cumplió con demostrarlo.

Declaró que no operó la prescripción.

En punto a la SOLIDARIDAD condenó a la misma, citó el fundamento normativo que la contempla y relacionó los requisitos necesarios con el asunto en litigio, que probada la existencia de los contratos de trabajo entre las demandantes y el operador EDUVILIA FUENTES BERMÚDEZ, para el desarrollo de actividades pedagógicas en el centro infantil conforme al plan de atención integral a la primera infancia, para atender a la población vulnerable vinculadas al programa de Atención Integral a la Primera Infancia – PAIPI.

Igualmente verificó el contrato interadministrativo suscrito entre el MEN y el Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo FONADE; además los contratos prestación de servicios celebrados entre el Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo FONADE y EDUVILIA FUENTES BERMÚDEZ. Concluyó a partir de las atribuciones establecidas en la Ley para las entidades demandadas que, para el caso particular de FONADE, este es un mero administrador del convenio y no es su beneficiario, actuó bajo los lineamientos y directrices del MEN, por esta razón declaró probadas las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva e inexistencia de la solidaridad para FONADE. Contrario a esto, en cuanto al MEN declaró la responsabilidad solidaria así:

*“En lo que atañe al Ministerio de Educación Nacional, en esta audiencia se dejó la presunción de ser cierta la excepción de ausencia de solidaridad respecto de la demandante YURLEIDYS PEREZ ÁLVAREZ; no obstante, y como ya se dijo, esta presunción admite prueba en contrario y se aprecia que la parte demandante, para probar la solidaridad, aportó al expediente el convenio administrativo al cual hemos hecho referencia con anterioridad, además, probó que el objeto social o las labores de dichas entidades no son ajenas o extrañas al objeto social del contrato de prestación de servicios que celebró FONADE con la señora **EDUVILIA FUENTES BERMUDEZ** y para ello tenemos que en los hechos de sus demandas señalan que en EL MEN existe la unidad de primera infancia para definir la política educativa y velar por su correcta implementación.*

*El despacho, al analizar el objeto del contrato 2110923, celebrado entre **FONADE y EDUVILIA FUENTES BERMUDEZ**, observa que éste coincide con una de las obligaciones de esta entidad, MINISTERIO DE EDUCACIÓN, cual es velar por la atención integral de la primera infancia”.*

2.3 RECURSOS DE APELACIÓN.

Intentando la revocatoria de la Sentencia de Primera Instancia, el MEN interpuso recurso de apelación en contra de la decisión adoptada con los siguientes argumentos:

MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL

En calidad de representante del demandado en solidaridad del Ministerio de Educación Nacional me permito interponer recurso de apelación contra la sentencia proferida por

su despacho el día de hoy y no la compartimos por los siguientes motivos: primero con relación al tipo de contrato, se tiene que no existe claridad en este punto ya que los demandantes pese a que afirman que hubo un contrato laboral verbal, los documentos arrojados al proceso y que también son plena prueba y sirven para adoptar una decisión en derecho, manifiestan lo contrario; tal hecho lo podemos corroborar con la contestación a la reclamación administrativa realizada por Fonade en donde manifiesta que la firma interventora CYR constató que los contratos realizados por los demandantes corresponde a los contratos por prestación de servicios, otro punto que también es importante manifestar es que existe una diferencia entre los salarios que manifiestan los demandantes que ganaban que correspondían a un millón doscientos o a un millón de pesos, el uno en calidad de docente y al otro en calidad de auxiliar docente y cosa diferente es lo manifestado por Fonade por la información suministrada por la firma CYR toda vez que manifiestan que los demandantes ganaban un salario o obtenían un pago inferior el cual equivalía a el pago de 600.000 mil pesos; hay un punto que hay que manifestar y es que en este tema Fonade no puede pasar de agache en esta situación porque es que al firmarse el convenio entre el Ministerio de Educación y Fonade se estableció una responsabilidad por parte de Fonade como ejecutor del proyecto; en ese sentido se estableció que Fonade respondería hasta por culpa leve por ejecución de este convenio, lo anterior teniendo en cuenta las responsabilidades que a su vez adquiriera cada una de las partes en la ejecución del mismo, hay un tema y es que Fonade en la contestación a la reclamación administrativa manifiesta en el hecho noveno a la contestación de la reclamación administrativa lo siguiente: puesto que esta entidad a través de soporte radicado en Fonade, o sea la firma interventora consorcio CYR, realizó seguimiento a lo estipulado contractualmente de acuerdo a la información presentada verificada y aprobada por la interventoría en cada uno de los pagos efectuados por Fonade y además de la certificación de cumplimiento que da la intervención la cual se presume no solo válida si no legal respecto de la obligación contractual número 13 de la cláusula séptima del contrato 2110923 referente al pago de salarios, prestaciones sociales y honorarios donde indica que de acuerdo con las visitas realizadas o mediante soporte documental se evidenció el cumplimiento de esta obligación dado que se encontraba al día con el pago de la seguridad social y de los aportes parafiscales.

Eso manifiesta Fonade en respuesta a la reclamación interadministrativa, según la firma interventora CYR reportó a Fonade como entidad encargada de gerenciar el proyecto; en ese sentido, podemos evidenciar que existe una buena fe por parte del Ministerio de Educación Nacional por lo cual no puede pecarse, aun así se manifieste que las actividades realizadas por los demandantes corresponde a giro ordinario de la entidad, realmente el beneficiario aquí de la obra como tal no es el Ministerio de Educación Nacional, en este caso podemos decir que es la población a la cual se dirigía el proyecto.

Ahora bien nunca se avizó por parte ni de Fonade ni de la firma interventora regularidad alguna que permitiera que el Ministerio de Educación Nacional generara alertas y pudiera tomar determinaciones dentro de la ejecución del convenio en pro de que no se suscitara este tipo de situaciones como las que se han venido ventilando en estas demandas, en donde se solicita el reconocimiento y pago de prestaciones sociales y aportes a la seguridad social; hay un tema que es también importante manifestar en este punto y es que pese a que los demandantes manifiestan el cumplimiento de un horario, el cumplimiento de unas obligaciones y presentación de informes, estos documentos no se allegan al proceso como tal y solamente se adopta la decisión como tal, se le da un valor probatorio a los testimonios mas no a la documentación aportada por Fonade y que también es una plena prueba dentro del proceso y que contradice lo manifestado por los declarantes un ejemplo de ellos también se puede palpar en el hecho que los declarantes manifiestan que las obligaciones se presentaron en un centro educativo llamado caritas felices sin embargo la misma interventoría en documentos aportados por Fonade que se encuentran en el proceso manifiestan que la señora Yurleidis Pérez prestó sus servicios en un centro de servicios llamado los pequeñines y la señora María Alejandra Becerra también lo prestó pero en un colegio totalmente diferente en una sede del colegio Gabriela Mistral llamada el niño mundo (...), que difiere de lo manifestado por los declarantes, en ese sentido ante esta inconsistencia de lo manifestado por los

declarantes y la parte probatoria ese es un hecho que debió tener el despacho y eso en este sentido insto a los señores magistrados al momento de revisar los testimonios planteados y la confrontación de estos frente a los documentos obrantes en el expediente, dé valor probatorio a los mismos y deseche los testimonios presentados por la parte demandante.

Otro aspecto importante en este asunto es la indebida interpretación que el despacho aplica el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo donde se ve la existencia de un error de fondo toda vez que el artículo 65 del código de procedimiento laboral define dos situaciones la primera de ella es que los trabajadores que devengan menos de un salario mínimo se le reconocerá y pagará un día de salario desde el incumplimiento hasta la fecha de pago, la segunda situación es frente a los trabajadores que devengan más de un salario mínimo a los cuales se les debe reconocer sanción moratoria por el día de un salario durante los primeros 24 meses, en caso que la mora persista deberá cancelar intereses moratorios a la tasa máxima de crédito de libre asignación certificados por la superintendencia financiera hasta tanto se verifique el pago total de salarios o prestaciones adeudadas. En el caso que nos ocupa, tenemos que los demandantes señalan en la demanda que ganan uno un millón doscientos, otro un millón de pesos lo cual para el año del 2011 no correspondía para el pago de un salario mínimo.

Tenemos que, la decisión del despacho desconoce el contenido literal del artículo 65 del código de procedimiento laboral como quiera que liquida la sanción moratoria por el valor del salario hasta la fecha del pago.

Sobre esta temática la sala laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 361 del 9 de septiembre del 2020 radicado 8432 siendo magistrada ponente la doctora Clara Cecilia Dueñas Quevedo (...) señaló que la intención del legislador no fue otra que la de poner un límite temporal a la sanción por mora que dicha norma prevé para que los trabajadores que persiguiera una asignación mensual superior al salario mínimo legal, es así como se determinó que dicha indemnización iría por un plazo máximo de 24 meses y a partir del 25avo mes se pagaría únicamente intereses de mora sobre la suma que la causa, adicionalmente en su parágrafo segundo señaló que: no se aplicará para los trabajadores que devengan más de un salario mínimo (...) entonces el juez de instancia cometió un yerro jurídico que se le indilga pues pese a que el trabajador devengaban una suma superior al salario mínimo legal vigente, le impuso a la pasiva la indemnización moratoria hasta cuándo se cancelara de manera efectiva la acreencias y no como 24 meses como lo establece la norma transcrita.

Ahora bien, la sala laboral de la Corte Suprema de Justicia (...) establece una reclamación ante la justicia ordinaria dentro de esos 24 meses como aconteció en este caso, después esos 24 meses en caso de que la situación de mora persista ya no deberá el empleador una suma equivalente al salario diario sino intereses moratorios a la tasa máxima de crédito de libre asignación certificada por la Superintendencia Bancaria hasta cuándo el pago de lo adeudado se verifique indebidamente intereses que se cancelaran sobre intereses debidos de las sumas por concepto de salarios, cuando no se haya entablado demanda ante los estrados judiciales dentro de los 24 meses siguientes al vencimiento del contrato el trabajador no tendrá derecho a la indemnización moratoria equivalente a un día de salario por cada día de mora en la solución de los salarios y prestaciones sociales dentro de ese lapso sino a los intereses moratorios a partir de la continuación del contrato de trabajo según la tasa máxima de crédito de libre asignación certificada por la superintendencia financiera; de tal suerte que la presentación oportuna (..) dentro de los 24 meses siguientes a la terminación del contrato de trabajo de la reclamación judicial da al trabajador derecho a acceder a la indemnización moratoria de un día de salario por cada día de mora hasta por 24 meses calculado desde la ruptura del (..) y a partir de la iniciación del mes 25 (..) hace radicar en su cabeza los intereses moratorios y los términos precisados por el legislador pero la reclamación y no por pena fuera del término ya señalado comporta para el trabajador la pérdida del derecho de la indemnización moratoria; así, no le asiste el derecho sobre intereses moratorios contabilizados desde la extinción del vínculo jurídico; en este caso que nos atañe tenemos que las demandantes presentaron las demandas trascurridos más de 24 meses

contados a partir de la fecha de finalización del vínculo laboral alegado, lo que conlleva en estos dos casos específicos indefectiblemente a ordenar a título de sanción moratoria el reconocimiento de pago de intereses conforme a lo dispuesto al artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, lo anterior si se tiene en cuenta que según el designio la relación laboral de los demandantes finalizó el 15 de diciembre del 2011 y la demanda en el caso de la señora Yurleidis se presentó el 01 de diciembre del 2014 y en el caso de la señora María Alejandra Becerra se presentó el día 2 de diciembre del 2014, es decir se presentó en el término por fuera de los 24 meses; en ese orden, solicito a los honorables magistrados nuevamente se realice una valoración de las pruebas testimoniales practicadas de la inconsistencias que manifiestan los testigos en sus declaraciones al momento de ser confrontada según los documentos aportados por Fonade quién gerenció el proyecto, esto en relación al salario devengado en cuanto a la modalidad de selección allí presentada; lo otro es en cuanto a la sede o lugar en donde los demandantes dicen haber prestado sus servicios (..) los cuales son totalmente diferentes a lo manifestado por las personas que declararon en su testimonio, en ese mismo orden solicito que teniendo en cuenta los pronunciamientos de la Honorable Corte Suprema de Justicia la Sala Laboral que manifiesta como se debe realizar la interpretación al artículo 65 se evalúe nuevamente y se analice nuevamente este punto, toda vez que no se puede colocar como sanción un día de salario por cada día de no pago sino que se debe dar la aplicación la interpretación realizada por la Corte, es decir, señalado intereses moratorios los cuáles son señalados por la superintendencia financiera; siendo así las cosas doy por presentado el recurso de apelación, solicitando se revoque la decisión por el despacho adoptada en ese sentido y se declare la no responsabilidad solidaria del Ministerio de Educación Nacional por las obligaciones endilgadas a la señora Eduvilia Fuentes Bermúdez.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Únicamente presentó alegatos el MEN así:

El recurso de apelación interpuesto tiene por objeto demostrar al H. Magistrado, que el juez de primera instancia erro al momento de señalar que las labores ejecutadas por los demandantes tienen relación con las labores normales desarrolladas por el MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL de velar por atención integral de la primera infancia y por ser el Ministerio el beneficiario directo de las contrataciones realizadas para desarrollar el objeto inicialmente propuesto. NO ES FUNCIÓN DEL MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL VELAR POR LA ATENCIÓN INTEGRAL DE LA PRIMERA INFANCIA ESA FUNCIÓN CORRESPONDE A UNA POLITICA PÚBLICA.

La sentencia realiza una indebida interpretación del artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo al dar por demostrada la solidaridad del Ministerio de Educación Nacional por intervenir en la suscripción de los convenios, cuando es claro que estos convenios se suscribieron en desarrollo de una política pública no de una función del MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL.

El Ministerio de Educación Nacional no está llamado a responder de manera solidaria como lo indica en la sentencia, ya que si miramos las funciones señaladas en el artículo 2 del Decreto 5012 DEL 2009, por el cual se determinan las funciones de sus dependencias, el Ministerio de Educación Nacional no presta directamente el servicio de educación, el Ministerio de Educación Nacional es un Ente asesor y generador de política pública, por lo tanto nada tiene que ver con el objeto generador del contrato de prestación de servicios, pues el mismo va encaminado a atender directamente la educación inicial y nutrición de los niños menores de 5 años. Se trata de funciones diametralmente diferentes, por tal razón no está llamado a responder en forma solidaria por cuanto las

funciones que desarrolla el LA SEÑORA EDUVILIA FUENTES - COLEGIO GABRIELA MISTRAL son diferentes a las que tiene el Ministerio de Educación Nacional, porque el MINISTERIO DE EDUCACIÓN es un generador de política pública y Ente asesor, mientras LA SEÑORA EDUVILIA FUENTES - COLEGIO GABRIELA MISTRAL si presta directamente los servicios de atención a los niños menores de 5 años”.

(...) El MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL no presta el servicio educativo lo evalúa y lo vigila, ahí radica el error de la sentencia recurrida”.

Citó las funciones legales a cargo del MEN y mencionó jurisprudencia nacional para concluir que no es válido endilgar responsabilidad solidaria en su cabeza.

I. CONSIDERACIONES.

Se encuentran reunidos los presupuestos para resolver de fondo la apelación interpuesta por la apoderada judicial de la parte actora, esta Corporación es competente para conocer de este recurso, sin que se advierta irregularidad procesal que pueda invalidar la actuación, además están satisfechos los presupuestos procesales de demanda en forma, capacidad para ser parte, competencia del funcionario y está acreditada la legitimación en la causa, sin que se halle vulnerado el art. 29 de la Carta Política.

2.1. PROBLEMA JURÍDICO:

Atendiendo al Grado Jurisdiccional de Consulta concedido en favor del MEN, y vistos los reproches de alzada, corresponde a ésta Colegiatura, dilucidar si el **A quo** acertó al señalar que la parte actora cumplió con la carga procesal de acreditar la existencia del contrato de trabajo alegado; sólo en caso de resultar afirmativo dicho planteamiento se resolverá si se configuraron los presupuestos del artículo 34 del C.S.T. para declarar solidariamente responsable al MEN de las condenas impuestas.

2.2. FUNDAMENTOS NORMATIVOS: Artículo 23, 24, y 46 del C.S.T., artículo 60, 61, y 145 del CPTSS, y 167 del C.G.P., Art 197 y 205 del C.G.P.

DEL GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

Se ocupa ahora la Corporación en verificar si se acreditaron los requisitos esenciales para la constitución de una relación laboral como lo afirman las actoras.

El asunto es gobernado por las normas sustantivas, y de antaño ha expresado el órgano de cierre de nuestra jurisdicción que, conforme al artículo 23 del CST, para que exista contrato de trabajo se requiere la concurrencia de estos tres elementos: la prestación personal del servicio, la subordinación y el salario; de acuerdo con el artículo 24 ibídem, probada la prestación personal del servicio, se presume la subordinación (ver SL9801-2015 Radicación N° 44519 del 29 de julio 2015).

El artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo dispone que toda relación de trabajo personal se presume regida por un contrato de trabajo, regla que le otorga un alivio probatorio al trabajador puesto que le basta demostrar la ejecución personal de un servicio para que se presuma en su favor la existencia de un vínculo laboral. En oposición, al empleador le incumbe desvirtuar el hecho presumido a través de elementos de convicción que acrediten que el servicio se ejecutó de manera independiente y autónoma.

Como se conoce la característica diferenciadora del contrato de trabajo con otros de naturaleza jurídica distinta es la condición de subordinación en la que se encuentra la persona que presta su fuerza de trabajo por una contraprestación, no obstante que los demás elementos se presenten igualmente en contratos de naturaleza laboral, civil, o comercial.

Es pertinente recordar, de un lado, que el principio de la carga de la prueba artículo 167 del C.G.P., que se deben aplicar en el proceso laboral por remisión del art. 145 C.P.T. S.S, impone a quien alega la existencia de un derecho, el deber de demostrar con pruebas idóneas, los hechos en que funda sus aspiraciones, pues el juzgador deberá apoyar su decisión en las pruebas oportunamente allegadas al proceso y, de otro lado, para que exista contrato de trabajo se itera, deben concurrir los siguientes elementos: a) la actividad personal del trabajador, es decir realizada por el mismo, b) la continuada subordinación del trabajador respecto del empleador, que faculta a éste para exigirle el cumplimiento de órdenes, en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, e imponerle reglamentos, la cual debe mantenerse por todo el tiempo de duración del contrato y, c) un salario como retribución del servicio.

Al respecto la sentencia de Sala de Casación Laboral, de la cual fue ponente el Dr. LUIS JAVIER OSORIO LOPEZ, Radicación No 36549, del cinco (5) de agosto de dos mil nueve (2009), expresó:

“Más sin embargo, lo dicho no significa que el demandante quede relevado de otras cargas probatorias, y que con la presunción de que trata el citado artículo 24 del C. S. de T. nada más tiene que probar, pues además de corresponderle al trabajador la prueba del hecho en que esa presunción se funda, esto es, la actividad o prestación personal del servicio, con lo que se estable que ese trabajo fue dependiente o subordinado, mientras la contraparte no demuestre lo contrario, también al promotor del proceso le atañe acreditar otros supuestos relevantes dentro de esta clase de reclamación de derechos, como por ejemplo el extremo temporal de la relación, el monto del salario, su jornada laboral, el trabajo en tiempo suplementario si lo alega, el hecho del despido cuando se demanda la indemnización de la terminación del vínculo, entre otros.

Conviene decir, que de antaño se ha considerado como principio universal en cuestión de la carga probatoria, que quien afirma una cosa es quien está obligado a probarla, obligando a quien pretende o demanda un derecho, que lo alegue y demuestre los hechos que lo gestan o aquellos en que se funda, desplazándose la carga de la prueba a la parte contraria cuando se opone o excepciona aduciendo en su defensa hechos que requieren igualmente de su comprobación, debiendo desvirtuar la prueba que el actor haya aportado como soporte de los supuestos fácticos propios de la tutela jurídica efectiva del derecho reclamado.” Subrayado fuera de texto.

Doctrina que se confirma con Sentencia No. 37547 de octubre de 2011, ponencia del H. Magistrado Dr. GUSTAVO JOSÉ GNECCO MENDOZA.

“ (...)

Así lo ha sostenido esta Corte, inclusive desde los tiempos del Tribunal Supremo del Trabajo. En efecto, en sentencia del 14 de junio de 1954, asentó: “La prueba del tiempo servido y del salario debe ser suministrada por el trabajador que demanda la prestación. No es suficiente demostrar la existencia del contrato de trabajo para que se estime que en su favor obra la presunción de que el tiempo de servicio y el salario son los enunciados en la demanda”.

Se observa que las demandantes aducen la existencia de un contrato de trabajo con la demandada EDUVILIA FUENTES con extremos temporales entre 06 de septiembre al 15 de diciembre de 2011, fecha cuando terminó el contrato sin justa causa. Que desempeñaron los cargos de AUXILIAR DOCENTE (MARÍA ALEJANDRA BECERRA RODRÍGUEZ) Y DOCENTE (YURLEIDYS PÉREZ), a cambio de un salario de \$1.000.000 y \$1.200.000 respectivamente, desarrollando labores tendientes a la educación, cuidado y nutrición de niños y niñas menores de 5 años en situaciones de vulnerabilidad a fin de dar cumplimiento al objeto y las obligaciones del convenio de gestión de proyectos 211012 celebrado entre el MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL y FONADE; se verifica el agotamiento de la reclamación administrativa a las entidades de orden público.

El extremo activo indica que las actividades pedagógicas se desarrollaban en el establecimiento de comercio GABRIELA MISTRAL, para prestar atención integral en

educación inicial, cuidado y nutrición a los niños y niñas menores de cinco (5) años en condiciones de vulnerabilidad vinculados al Programa de Atención Integral a la Primera Infancia PAIPI.

Arrimó certificado de matrícula mercantil en donde se constata que la señora EDUVILIA MARIA FUENTES BERMUDEZ es propietaria del Colegio Gabriela Mistral; asimismo el convenio interadministrativo No. 211012 suscrito entre el MEN y FONADE; contrato de interventoría técnica, administrativa y de control presupuestal celebrados con los operadores del programa de atención integral a la primera infancia PAIPI entre CONSORCIO C&R y FONADE"; contrato 2110923 suscrito entre EDUVILIA FUENTES BERMÚDEZ y FONADE, para ser desarrollado en el municipio de Manaure a fin de desarrollar el convenio 211012, informe final de interventoría respecto del contrato 2110923 de 2011, estableciéndose como fecha de acta de apertura el 03 de agosto de 2011 y fecha de terminación inicial el 15 de diciembre de 2011, así mismo como fecha de suspensión del 16 de diciembre al 09 de enero de 2012 y fecha de reinicio 10 de enero de 2012 (fl 162 del expediente digital).

Pues bien, estos soportes documentales permiten solamente acreditar la actividad comercial a la que se dedicaba la demandada directa, la existencia de los negocios jurídicos entre el MEN y FONADE, y entre este último y la señora FUENTES BERMÚDEZ, empero no se allega documental alguna donde se constate que la existencia del vínculo, la actividad desarrollada, el salario devengado, el horario cumplido, ni el ejercicio de actos subordinantes, por ello está en cabeza del extremo activo, traer la totalidad de las demostraciones al juicio.

En aras de dar aplicación a la presunción legal prevista en el artículo 24 del CST, importa destacar que, la parte actora afirmó que el contrato inició el 06 de septiembre de 2011 y terminó el 15 de diciembre del mismo año, que prestaba el servicio en el centro educativo, esto es el GABRIELA MISTRAL y precisa que la actividad laboral desplegada se dio en el marco del Convenio No. 211012; que para dar cumplimiento al convenio en cita, suscribió el Convenio de Prestación de servicios con la señora EDUVILIA FUENTES BERMÚDEZ para brindar atención inicial, cuidado y nutrición a los niños y niñas menores de cinco (5) años en condiciones de vulnerabilidad, vinculados al programa de atención integral a la primera infancia PAIPI.

Para comprobar sus asertos, se recepcionaron las siguientes declaraciones en favor de las demandantes:

CARMEN BIBIANA ECHAVEZ NAVARRO, quien declaró por ambos procesos. Señaló que fueron contratados por Eduvilia Fuentes mediante un contrato verbal en Manaure-Cesar, el 6 de septiembre de 2011; que estuvo presente el día que se dio la contratación; que las reunieron mediante llamada telefónica y les indicaron las funciones, el lugar donde trabajarían, el salario, qué cantidad de niños atenderían, el horario, el trabajo con los padres y los días que había que entregar informes. Acerca de los salarios, indicó que el de la docente era de \$1.200.000 y de la auxiliar \$1.000.000. Añadió que YURLEIDIS era docente y se encargaba de realizar las actividades, preparaba las clases para los niños, llevar todo lo pedagógico carteleras, pinturas, materiales y que el sitio estuviera adecuado para trabajar, y MARIA ALEJANDRA era auxiliar y estaba pendiente de los niños y de entregar el suplemento alimentario; que el sitio donde laboraron fue el centro CARITA FELIZ, ubicado en Manaure, Cesar; que el horario era de lunes a viernes de 7 de la mañana a cuatro de la tarde y los sábados se reunían para preparar clases. Informó que Eduvilia Fuentes le daba las órdenes a ella, quien era la coordinadora, y ella se las daba a las trabajadoras, pasaba por los sitios de trabajo, todos los días y ellos firmaban la llegada y salida y los viernes pasaba a la señora Eduvilia Fuentes el reporte; que en el evento en que no asistieran les pasaba un memorando, que Eduvilia Fuentes llegaba una vez a la semana o cada quince días y de manera telefónica.

FIDEL ERNESTO SIERRA CURVELO, adujo haber sido docente en el mismo programa y compañero de trabajo de las actoras; informó que fueron reunidos el 6 de Septiembre en el centro Caritas felices de Manaure, Cesar, que allí la señora Eduvilia fuentes los contrató, a unos docentes y auxiliares para el programa PAIPI, que les señaló el cumplimiento de un horario de trabajo de lunes a viernes de siete de la mañana a cuatro p.m., que iban a recibir prestaciones sociales, y debían cumplir las actividades con niños de cero a cinco años de edad; afirmó que el horario era impuesto por la señora Eduvilia; que YURLEIDYS fungió como docente y MARÍA BECERRA era auxiliar docente; que la

docente realizaba actividades lúdico pedagógicas dinámicas rondas, visitas domiciliarias, participaba en brigadas de salud y la auxiliar se encargaba de colaborar con la talla y peso de los niños, realizar las rondas y entregarles el complemento nutricional; sobre el salario declaró que el de la docente era de \$1.200.00 y el de la auxiliar \$1.000.000 y que el mismo era cancelado por Eduvilia Fuentes en efectivo; afirmó que en el sitio de trabajo recibían visitas del Ministerio, y la coordinadora general INGRID MENDOZA les impartía capacitaciones; manifestó que la coordinadora pasaba unas planillas de inicio y terminación de labores, las sanciones las imponía Eduvilia Fuentes y las ejecutaba la coordinadora local BIBIANA ECHAVEZ, que recibían llamados de atención por medio de memorandos, pero que las demandantes nunca recibieron memorandos; finalmente expuso que el contrato terminó el día 15 de diciembre de 2011.

La tacha de sospecha interpuesta fue negada por el A quo teniendo como sustento la sentencia SCLCSJ del 04 de octubre de 1995 Rad. No. 7202.

Sobre el tema del valor probatorio del testimonio, el doctrinante José María Obando Garrido en el texto "Derecho Procesal Laboral", Editorial Temis, págs. 228 y 229, Bogotá, 2016 expresa:

"k) Valor probatorio del testimonio

El juez del trabajo establecerá el mérito probatorio del testimonio considerando dos elementos indispensables: el elemento personal o subjetivo y el elemento material u objetivo.

- 1) *El elemento personal o subjetivo. El juez del trabajo, al valorar el testimonio, deberá tener en cuenta la personalidad del declarante, es decir, sus condiciones físicas y sensoriales para percibir y transmitir los hechos de la narración, las condiciones mentales en que se hallaba al momento de declarar, en el pleno goce de sus facultades psicológicas e intelectuales, las condiciones morales que permitan determinar su honradez, dignidad, desinterés, credibilidad, idoneidad y sinceridad.*

Por eso al finalizar la declaración testimonial, el juez laboral deberá certificar sobre las calidades personales y la idoneidad del testigo.

- 2) *El elemento objetivo. Hace relación al contenido de la declaración, en el sentido de que existe conformidad entre el testimonio y los hechos narrados. En la declaración testimonial debe haber una razón que explique suficientemente la causa o el origen del conocimiento de los hechos, ya sea este directo o indirecto, según las circunstancias de modo, tiempo y lugar, de manera que lo hagan creíble.*

De la relación existente entre los elementos subjetivo y objetivo el juez del trabajo puede obtener el convencimiento, después de someter el testimonio al examen valorativo, bajo los auspicios de la sana crítica.

Así, el juez laboral puede apreciar en toda su fuerza probatoria la declaración del testigo único como la del testigo dependiente, de manera que lo lleve a la plena convicción de los hechos narrados, de acuerdo con los principios que informan la sana crítica, tal como lo autoriza el artículo 61 del Código de Procedimiento Laboral".

Al punto resáltese que se dará eficacia probatoria al dicho de los testigos a fin de demostrar la prestación personal del servicio de la actora en favor de la demandada principal, en tanto sus manifestaciones fueron coincidentes con los hechos narrados en la demanda, con explicación de las circunstancias en que ocurrió la contratación y la forma como llegó a su conocimiento, esto es, por tratarse de compañeros de trabajo de las actoras en cuyo favor declararon y "haber sido contratados durante el mismo período"; circunstancia que a juicio de esta Corporación Judicial reviste de credibilidad a

fin de desatar las consecuencias jurídicas pretendidas con la demanda como quiera que en el curso del proceso la parte interesada, esto es, la parte demandada no propendió por desacreditar que las promotoras del juicio prestaran servicios en el mismo lugar que los testigos, ni siquiera, por desvirtuar la cantidad de tiempo que compartían al día, el tipo de órdenes recibidas por la actora, la cercanía entre los lugares en que se desarrollaba la labor, la forma en que se daban las visitas por parte de EDUVILIA FUENTES persona respecto de la que se adujo recibían órdenes, y en últimas, todas aquellas circunstancias que permitieran advertir la subordinación laboral propia de un contrato de trabajo, o por el contrario, su desacreditación.

Así y pese a que el anterior conocimiento no se obtuvo, no ha de obviarse que en todo tiempo los declarantes resaltaron su condición de trabajadora ante el mismo centro educativo en que prestó servicios la actora, y en igual período, resaltando que la demandante fue contratada por EDUVILIA FUENTES, bajo los mismos extremos temporales aducidos en la demanda.

Por ende, y si bien se echa de menos que la declaración obtenida en el proceso, goza de argumentos que se advierten ambiguos, respecto de los cuáles tampoco ahondó el Juez director del proceso, siendo una de sus obligaciones legales, con todo, no es factible desacreditarla en esta instancia, porque en todo tiempo, se itera, se mencionó que la actora prestó servicios ante la demandada principal, habiéndose abrigado así a su favor, la presunción establecida en el artículo 24 del CST, y por ende invirtiéndose la carga en cabeza de la demandada de probar que la prestación personal del servicio no fue subordinada, presupuesto incumplido por la parte demandada.

Así, se dirá que probada la prestación del servicio, deviene la aplicación del presupuesto legal del artículo 24 del CST, esto es, que entre la señora EDUVILIA FUENTES y las demandantes existió un contrato laboral, ello en tanto se itera una vez más, **la parte demandada adoptó una actitud procesal descuidada.**

No obstante lo anterior, otorgando credibilidad a las declaraciones vertidas en juicio, se dirá que probada la prestación del servicio, deviene la aplicación del presupuesto legal del artículo 24 del CST, esto es, que entre la señora EDUVILIA FUENTES y la demandante existió un contrato laboral.

DEL CONTRATO DE TRABAJO DECLARADO:

Con base en lo expuesto, **ha de decirse que si bien ni la parte demandada ni el Juez del proceso, ahondaron en las respuestas escuetas brindadas por los testigos cuando se les indagó sobre el elemento subordinación que debe estar presente en los contratos de trabajo, como quiera que sencillamente afirmó que las actoras recibían órdenes de EDUVILIA FUENTES, pero sin profundizar en detalles como la periodicidad con que se brindaban y en últimas el tipo de órdenes desplegadas, que permitieran diferenciar órdenes de directrices propias de un contrato de prestación de servicios, lo cierto es que, estando probado como está el elemento prestación personal del servicio, se habilitó la presunción de que trata el artículo 24 del CST, invirtiéndose la carga de la prueba,** y consecuentemente correspondiéndole a la parte demandada probar que entre las partes, la prestación personal del servicio no fue de índole subordinada, situación que no ocurrió, pues relíevase una vez más, su actuación probatoria fue poco más que deficiente, de dónde devienen las consecuencias propias declaradas en primera instancia, como ya se expuso.

Aunado a lo anterior y si bien la parte apelante aduce inconsistencias entre el dicho de los testigos y lo aducido por FONADE sustentado en los documentos arrimados, verbigracia, del salario devengado así como la sede ante la cual prestaron sus servicios, dichas “inconsistencias” debían ser evaluadas por el Juez al momento de determinar si en efecto las demandantes prestaron sus servicios en el marco del convenio administrativo aducido y en favor de las entidades demandadas en solidaridad, pues tales hechos, conllevarían a establecer una ausencia de relación entre el contrato

declarado en contra de EDUVILIA FUENTES BERMÚDEZ y la relación que ésta última sostuvo para con las demandadas en solidaridad, esto es, eventualmente se hablaría de una ausencia de responsabilidad solidaria, situación que se abordará en líneas que suceden.

DE LOS EXTREMOS TEMPORALES

Dilucidada entonces la inexorable conclusión de la existencia del contrato laboral, y en punto a establecer los extremos temporales de la relación laboral, los mismos serán fijados con base en lo afirmado por las declarantes, como se dijo en el fallo de primera instancia.

DE LAS CONDENAS SOLICITADAS POR LAS DEMANDANTES

Frente al salario base de liquidación de prestaciones sociales y vacaciones atendiendo a la ausencia de confesión por parte de empleadora, igualmente se ratificará su concesión atendiendo a lo señalado por los deponentes traídos a juicio.

Ahora, en punto a las condenas solicitadas por concepto de prestaciones sociales, y vacaciones, ha de salir adelante, en tanto no existe probanza alguna tendiente a determinar que a la terminación de la relación laboral, el empleador pagó las acreencias de ley que le asistía en su condición de trabajadora.

DE LA INEFICACIA DEL CONTRATO PRETENDIDA

En lo atinente a la declaratoria de ineficacia de la terminación del contrato, y la condena de un día de salario por cada día de retardo hasta “*que se verifique la cancelación de aportes por seguridad social correspondientes a los últimos 3 meses de labores de los ex trabajadores*”, se tiene que el artículo 29 de la Ley 789 del 2002 establece que para proceder a la terminación del contrato de trabajo establecido en el artículo 64 del Código Sustantivo del Trabajo, que contempla la terminación unilateral del contrato de trabajo sin justa causa, el empleador le debe informar por escrito al trabajador el estado de pago de las cotizaciones a seguridad social y parafiscalidad sobre los salarios de los últimos tres meses anteriores a la terminación del contrato, adjuntando los comprobantes de pago que los certifiquen, siendo que por vía jurisprudencial se ha establecido que con todo, tal obligación procede sin importar la modalidad de terminación del vínculo contractual.

Asimismo, se ha precisado que la ausencia de cumplimiento de la anterior obligación, habilita el pago de una indemnización moratoria a favor del trabajador, pero no su reintegro a sus labores, pues el objetivo de la norma al hablar de ineficacia del contrato, no consiste en el restablecimiento real del contrato de trabajo, sino en la cancelación de los aportes a seguridad social y parafiscales. Así ha sido expuesto por la **Corte Suprema de Justicia Sala Laboral, entre otras en la sentencia SL-12041 (50027), del 27 de Julio de 2016; SL 4391 de 2018, radicación 67634, M.P. Martín Emilio Beltrán Quintero del 10 de octubre de 2018; M.P. SL 4432 de 2018 radicado 45745 Jorge Mauricio Burgos Ruiz, del 10 de octubre de 2018; M.P. Eduardo López Villegas, del 21 de julio de 2010 expediente: 38349.**

Consecuencialmente y atendiendo a que no se acredita dentro del plenario el pago de aportes a seguridad social y parafiscales, es un hecho indicador de su mala fe, debido a que a la fecha de esta sentencia, no se allegó prueba de este pago ni justificación de su no realización, así, deviene la confirmatoria de la sentencia de primera instancia, no obstante su concesión será modificada por las razones que pasan a exponerse.

Pues bien, ha sido criterio de esta Sala de Decisión, dar aplicación a lo previsto por la **Sala de Casación Laboral de la CSJ en sentencia SL516-2013, en virtud de la cual se expuso:**

“Del texto pre transcrito, en especial del aparte destacado por la Sala, no cabe duda que la norma consagra una consecuencia adversa para el empleador incumplido en el pago de las respectivas cotizaciones y a favor del trabajador, en virtud de la relación laboral que los liga y de la cual se derivan las obligaciones de cotizar que, justamente, constituyen el objeto de protección de la norma. Si bien la redacción de la norma en comentario es distinta al texto original del artículo 65 del CST y a la modificación introducida a este por el primer inciso del citado artículo 29 de la Ley 789, en la medida que allí sí se fija, claramente, la consecuencia consistente en que el empleador le deberá pagar al trabajador un día de salario por cada día de mora en el pago de los salarios y prestaciones sociales a la terminación del contrato, no puede ser motivo de extrañeza para la comunidad jurídica laboral el que, cuando el legislador se refiera a la ineficacia del retiro del servicio derivada del incumplimiento del pago de obligaciones laborales, en este caso del sistema de la protección social, a cargo del empleador, se equipare al pago de la indemnización moratoria a favor del trabajador, por cuanto la jurisprudencia tiene precisado, desde antaño, conforme al propósito de la norma en estos casos, que el objeto de tutela jurídica no es la estabilidad laboral, sino el pago de ciertas obligaciones laborales que, dada su naturaleza, merecen una protección especial y que esta protección debe estar armonizada con el principio general de la resolución contenido en todos los contratos de trabajo”. (subrayado y negrillas fuera de texto).

Con base en lo expuesto, resulta claro que tratándose de la solicitud de ineficacia del despido, aplican los mismos requisitos previstos tratándose de la indemnización moratoria, en específico, que será concedido un día de salario por cada día de retardo hasta tanto se verifique el pago de las obligaciones.

La anterior postura de dar el trato de sanción moratoria a la declaratoria de ineficacia por no pago de seguridad social, ha sido reiterativa por la H. CSJ, a modo de ejemplo, se citarán algunos apartes relevantes:

Corte Suprema de Justicia SL 1139 de 2018, radicado 64318 del 18 de abril de 2018, M.P. Martín Emilio Beltrán Quintero:

*“Pues bien, en innumerables ocasiones, la Sala ha analizado **el contenido de la preceptiva acusada - párrafo primero del artículo 65 del CST, modificado por el 29 de la Ley 789 de 2002-**, y ha concluido que su finalidad es garantizar el pago real de las cotizaciones al sistema de seguridad social y parafiscales, independientemente de las demás formalidades exigidas, esto es, de si empleador cumplió con el deber de afiliación y de si comunicó de manera efectiva dicho pago al trabajador, específicamente, por los últimos tres meses.*

***Igualmente, esta Corporación también ha sido incisiva en preceptuar que la inobservancia de tal obligación, trae consigo el pago de la indemnización moratoria a favor del trabajador** y no su reintegro al cargo desempeñado, dado que el objeto de la norma no recae en el restablecimiento real y efectivo del contrato de trabajo, sino, como ya quedó explicado, en la cancelación de los aportes a la seguridad social y parafiscales”.* (negrillas y subrayado fuera de texto).

Y acto seguido reiteró lo expuesto en la providencia CSJ SL458-2013, rad. 42120, puntualizó:

[...]

Del texto pre transcrito, en especial del aparte destacado por la Sala, no cabe duda que la norma consagra una consecuencia adversa para el empleador incumplido en el pago de las respectivas cotizaciones y a favor del trabajador, en virtud de la relación laboral que los liga y de la cual se derivan las obligaciones de cotizar en los términos del artículo 22 de la Ley 100 de 1993, las que, justamente, constituyen el objeto de protección de la norma.

Si bien la redacción de la disposición en comentario es distinta al texto original del artículo 65 del CST y a la modificación introducida a este por el primer inciso del citado artículo

29 de la Ley 789, en la medida que allí sí se fija, claramente, la consecuencia consistente en que el empleador le deberá pagar al trabajador un día de salario por cada día de mora en el pago de los salarios y prestaciones sociales a la terminación del contrato, **no puede ser motivo de extrañeza para la comunidad jurídica laboral el que, cuando el legislador se refiera a la ineficacia del retiro del servicio derivada del incumplimiento del pago de obligaciones laborales, en este caso del sistema de la protección social, a cargo del empleador, se equipare al pago de la indemnización moratoria a favor del trabajador**, por cuanto la jurisprudencia tiene precisado, desde antaño, conforme al propósito de la norma en estos casos, que el objeto de tutela jurídica no es la estabilidad laboral, sino el pago de ciertas obligaciones laborales que, dada su naturaleza, merecen una protección reforzada y que esta protección debe estar armonizada con el principio general de la resolución contenido en todos los contratos de trabajo.

Así se ha interpretado por esta Sala el artículo 1º del D.L.797 de 1949 que, para el caso de los trabajadores oficiales, igualmente consagra que no se considera terminado el contrato de trabajo hasta tanto el empleador cancele al trabajador el valor de todos los salarios, prestaciones e indemnizaciones que le adeude.

De lo anterior se concluye que la jurisprudencia ha señalado que la adecuada interpretación que debe darse al parágrafo 1 artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, esto es, la inobservancia de la obligación de pagar las cotizaciones o aportes al sistema de seguridad social y parafiscales, para la Corte, cuando la norma hace referencia a la ineficacia del despido se debe asimilar al pago de la indemnización moratoria.

Bajo los anteriores presupuestos, esta Corporación Judicial en pronunciamientos recientes, había adoptado la tesis tendiente a señalar que al equipararse a la sanción moratoria, le serían aplicables sus “limitantes”, en punto a la indemnización general de un día de salario por cada día de retardo, veamos:

ARTÍCULO 65 CST:

“1. Si a la terminación del contrato, el empleador no paga al trabajador los salarios y prestaciones debidas, salvo los casos de retención autorizados por la ley o convenidos por las partes, debe pagar al asalariado, como indemnización, una suma igual al último salario diario por cada día de retardo, hasta por veinticuatro (24) meses, o hasta cuando el pago se verifique si el período es menor. Si transcurridos veinticuatro (24) meses contados desde la fecha de terminación del contrato, el trabajador no ha iniciado su reclamación por la vía ordinaria o si presentara la demanda, no ha habido pronunciamiento judicial, el empleador deberá pagar al trabajador intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificados por la Superintendencia Bancaria, a partir de la iniciación del mes veinticinco (25) hasta cuando el pago se verifique. (Subrayado fuera de texto).

Igualmente se prevé:

(...) “PARÁGRAFO 2o. Lo dispuesto en el inciso 1o. de este artículo solo se aplicará a los trabajadores que devenguen más de un (1) salario mínimo mensual vigente. Para los demás seguirá en plena vigencia lo dispuesto en el artículo 65 del Código Sustantivo de Trabajo vigente.

No obstante, en reestudio del tema se precisó la postura recientemente adoptada, por las razones que pasan a exponerse:

Hay que aclarar que pese a no existir condena respecto del pago de aportes a seguridad social, en tanto no fueron peticionados en la demanda ni concedidos en primera instancia en aplicación de las facultades ultra y extra petita, en efecto en esta instancia se avizora la falta de probanza del pago de aportes a seguridad social integral a voces de lo previsto

en el párrafo del artículo 65 del CST, tesis sostenida en primera instancia y respaldada por este cuerpo colegiado.

Así las cosas la condena a imponer debe darse en los precisos términos del párrafo del artículo 65 del CST, esto es, *“PARÁGRAFO 1o. Para proceder a la terminación del contrato de trabajo establecido en el artículo 64 del Código Sustantivo del Trabajo, el empleador le deberá informar por escrito al trabajador, a la última dirección registrada, dentro de los sesenta (60) días siguientes a la terminación del contrato, el estado de pago de las cotizaciones de Seguridad Social y parafiscalidad sobre los salarios de los últimos tres meses anteriores a la terminación del contrato, adjuntando los comprobantes de pago que los certifiquen. Si el empleador no demuestra el pago de dichas cotizaciones, la terminación del contrato no producirá efecto. Sin embargo, el empleador podrá pagar las cotizaciones durante los sesenta (60) días siguientes, con los intereses de mora”*.

Por ende, la condena por concepto de impago de aportes a seguridad social integral se impondrá desde el día 61 con posterioridad a la terminación del contrato de trabajo, esto es, a partir del 16 de febrero de 2012, tomando en consideración el extremo final de la relación laboral (15 de diciembre de 2011), y hasta que se demuestre *“el estado de pago de las cotizaciones de Seguridad Social y parafiscalidad sobre los salarios de los últimos tres meses anteriores a la terminación del contrato”, correspondiente a un día de salario por cada día de retardo.*

La reevaluación de la condena analizada, se efectúa en virtud de un estudio minucioso de la indemnización sometida a estudio, y que en específico arrojó la siguiente fundamentación jurisprudencial que clarifica el asunto así:

“De manera que la teleología de la norma es salvaguardar la estabilidad financiera del sistema, señalando una consecuencia adversa por el incumplimiento la cual, de acuerdo con las consideraciones transcritas, se equipara a la sanción por no pago prevista en el mismo precepto”.

Pero más adelante aclaró:

“De modo, que la condena por sanción moratoria, impuesta en la causa pretérita a que se ha hecho referencia, no es coincidente con la aplicación de los efectos de la inadvertencia de los deberes con las administradoras del Sistema de Seguridad Social Integral y las entidades que recaudan parafiscales, razón por la cual respecto de dicho petitum no se presentó cosa juzgada, como se concluyó, pero tampoco puede predicarse una doble sanción por el solo hecho que estén concebidas en similares términos, es decir, a razón de un día de salario por cada día de retardo. Esto, porque las indemnizaciones disponen de fundamentos normativos y fines completamente distintos y sirven a propósitos así mismo, disímiles.

Ahora, la pasiva no demostró el pago de los aportes en salud, pensiones y riesgos laborales, ni la realización de los pagos correspondientes por SENA, subsidio familiar e ICBF, ya que la única prueba aportada son los formularios de afiliación visibles de folios 29 a 32, sin que de los mismos se infiera pago alguno. Más aún, la defensa de la empleadora, en su contestación, se contrajo a reiterar que efectuó la afiliación del demandante sin que aparezca siquiera alusión a la realización de los pagos debidos.

En ese entendido, de los elementos de convicción obrantes en el expediente no se desprende justificación alguna que haya llevado a la demandada a no cumplir con su obligación, antes bien, revisado el proceso adelantado en el Juzgado Décimo Laboral del Circuito (fs.º 73 a 144) es evidente la conducta sistemática de la compañía consistente en dejar de lado el pago de lo adeudado al trabajador de la mayoría de acreencias laborales, así como de sus compromisos con las administradoras del sistema, de lo que se infiere, antes que un actuar diligente, el menosprecio de los derechos laborales del trabajador y las normas que regulan el SISS. Así, se concluye que IVAEST Ltda. procedió con una conducta desprovista de buena fe.

En tal sentido, procede la imposición de la sanción contemplada en el párrafo primero del artículo 65 del CST, modificado por el art. 29 de la Ley 789 de 2002. Como quiera que la norma otorga un plazo de 60 días para que la empresa se ponga al día con el Sistema General de Seguridad Social y Parafiscalidad, la sanción mencionada correrá a partir del día 61 después de la finalización del vínculo, correspondiente a un día de salario por cada día de no pago hasta cuando se verifique el pago ante las administradoras del sistema y los órganos de parafiscalidad (...)"¹

Con base en lo expuesto se retomará la argumentación jurídica que venía siendo objeto de aplicación ante la clarificación jurisprudencial citada, esto es, la imposición de un (01) día de salario por cada día de retardo a partir del día 61 después de la terminación del vínculo y hasta que se verifique el pago ante las administradoras del sistema y órganos de parafiscalidad, esto es, a partir del 16 de febrero de 2012 y sobre el salario ya declarado en primera instancia, por ende, se modificará en este sentido la condena, en sentido de precisar que la indemnización respectiva procederá a partir del 16 de febrero de 2012.

Ante la prosperidad de la pretensión principal efectivamente, correspondía abstenerse de estudiar la pretensión subsidiaria.

DE LA EXCEPCIÓN PRESCRIPCIÓN

Con base en los artículos 488 del CST y el 151 del CPTSS, la prescripción de un derecho laboral prescribe en tres (3) años desde que la respectiva obligación se hizo exigible.

Se analiza que:

- La relación laboral que se dio por demostrada finalizó el 15 de diciembre de 2011.
- Y de otra parte la demanda fue incoada el 01 de diciembre de 2014 (YURLEIDYS PÉREZ) 02 de diciembre de 2014 (MARIA ALEJANDRA BECERRA).

Así mismo, se tiene como fecha de realización de reclamación administrativa ante el MEN el 14 de agosto de 2014, en tanto no se tiene constancia de su presentación, por ende se tomará la fecha de la respuesta brindada por la entidad, según constancia de respuesta a folio 12 (YURLEIDYS PÉREZ) y 21 de agosto de 2014 (MARÍA ALEJANDRA BECERRA).

- **Que ante la demandada principal no se advierte agotamiento de la reclamación administrativa**

Así las cosas, fácilmente se concluye que el fenómeno prescriptivo no operó respecto de las condenas concedidas a la parte actora.

Igualmente se tiene que la demandada principal EDUVILIA FUENTES no propuso excepción de prescripción.

DE LA RESPONSABILIDAD SOLIDARIA

Ahora, concretamente en punto a la solidaridad debatida ha sido expuesto por la jurisprudencia nacional, por parte de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en sentencia No. 35864 de marzo 1° del 2011, con ponencia del magistrado Gustavo José Gnecco Mendoza, recogiendo lo dicho en la sentencia del 25 de mayo de 1968, citada entre otras en la del 26 de septiembre de 2000, radicación 14038, que "(...) lo que se

¹ Corte Suprema de Justicia. Sala de Descongestión Laboral. Radicación 69129. M.P. DONALD JOSÉ DIX PONNEFZ. 22 de julio de 2020.

busca con la solidaridad laboral del artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo es que la contratación con un contratista independiente para que realice una obra o preste servicios, no se convierta en un mecanismo utilizado por las empresas para evadir el cumplimiento de obligaciones laborales. Por manera que si una actividad directamente vinculada con el objeto económico principal de la empresa se contrata para que la preste un tercero, pero utilizando trabajadores, existirá una responsabilidad solidaria respecto de las obligaciones laborales de esos trabajadores”. Y agregó: “(...) si el empresario ha podido adelantar la actividad directamente y utilizando sus propios trabajadores, pero decide hacerlo contratando un tercero para que éste adelante la actividad, empleando trabajadores dependientes por él contratados, el beneficiario o dueño de la obra debe hacerse responsable de los salarios, prestaciones e indemnizaciones a que tienen derecho estos trabajadores, por la vía de la solidaridad laboral, pues, en últimas, resulta beneficiándose del trabajo desarrollado por personas que prestaron sus servicios en una labor que no es extraña a lo que constituye lo primordial de sus actividades empresariales”.

Así mismo, ha sido preceptuado que *“no basta simplemente para que opere la solidaridad, que con la actividad desarrollada para el contratista independiente se cubra una necesidad propia del beneficiario, como aquí puede suceder, sino que se requiere que la labor constituya una función normalmente desarrollada por él, directamente vinculada con la ordinaria explotación de su objeto económico”*².

Igualmente, valga resaltar que conforme al artículo 34 del CST se tiene que el contratista independiente asume los riesgos propios de la obra a su cargo, la que debe ejecutar con sus propios medios y autonomía técnica y directiva, debiendo contratar sus propios trabajadores, y tiene las características de un verdadero empleador. Aunado a ello, a pesar de no ser el beneficiario de la obra el empleador de los trabajadores del contratista independiente, sí responde solidariamente por las acreencias laborales de dichos trabajadores cuando la obra para la cual se contrató al contratista corresponde con actividades que ordinariamente ejecuta.

Respecto a la interpretación de dicho artículo la jurisprudencia ha indicado que:

“El artículo 34 contempla dos relaciones jurídicas: 1°. La obra o labor es extraña a las actividades normales de quien encargó su ejecución y 2°. Pertenece ella al giro ordinario de los negocios del beneficiario del trabajo. En primer caso el contrato sólo produce efectos entre los contratantes, en el segundo entre éstos y los trabajadores del contratista independiente.

*Quien se presente pues, a reclamar en juicio obligaciones a cargo del beneficiario, emanadas de un contrato laboral celebrado con el contratista independiente, debe probar, el contrato de trabajo con éste; el de la obra entre el beneficiario del trabajo y el contratista independiente; y la relación de causalidad entre los dos contratos en la forma ya explicada”*¹

Aunado a lo anterior cobra especial relevancia lo dilucidado por la CSJ, en punto a ahondar sobre la solidaridad por obligaciones laborales entre contratista y entidad estatal, indicando:

“Es cierto como al unísono lo aceptan el tribunal y la censura, que los artículos 3° y 4° del Código Sustantivo del Trabajo regulan las relaciones laborales entre empleadores y

² Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral. Sentencia n.º 39000 del 26 de marzo de 2014. M.P: Carlos Ernesto Molina Monsalve.

¹CJS. Cas. Laboral. Sent, mayo 8/61. G.-J.

trabajadores del sector privado, pero, también es de claridad meridiana, que los pretensos derechos de los demandantes fueron invocados con fundamento en la vinculación laboral con el contratista y la solidaridad del municipio para efectos de la satisfacción de las deudas insolutas, allí no se sustentó ni podía hacerse por razones obvias, un contrato de trabajo con el codemandado estatal y por tanto ninguna trascendencia jurídica de cara a lo perseguido por la censura, tiene ese supuesto, pues, se itera, no fue discutido por las partes y el ataque se orienta exclusivamente a la imposición de la condena solidaria con prescindencia de otros aspectos” (CSJ, Cas. Laboral, Sentencia. Septiembre 26/2000. Exp. 14.038 M.P. Luis Gonzalo Toro).

SOBRE LA SOLIDARIDAD DEL MEN

Inicialmente, ha de advertirse que se echa de menos una valoración por parte del Juez de instancia, respecto de las pruebas y argumentos dados por FONADE en su contestación en punto a establecer la responsabilidad solidaria alegada.

Sin embargo, con todo, esta Sala conforme a la nueva postura adoptada, establece que no se comparte el argumento esgrimido por el Juez de Primera Instancia, por cuanto las labores desempeñadas por los demandantes como “DOCENTES” y “AUXILIARES DOCENTES”, no son del giro ordinario del MEN.

Lo anterior por cuanto si bien es cierto EL MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL, según el Decreto 5012 de 2009, establece los objetivos del Ministerio de Educación, dentro de los cuáles se advierte que se encuentra la obligatoriedad de garantizar y promover políticas públicas para acceso a un servicio educativo con calidad, siendo que entre sus objetivos se resaltan:

(...)

1.3. Garantizar y promover, por parte del Estado, a través de políticas públicas, el derecho y el acceso a un sistema educativo público sostenible que asegure la calidad y la pertinencia en condiciones de inclusión, así como la permanencia en el mismo, tanto en la atención integral de calidad para la primera infancia como en todos los niveles: preescolar, básica, media y superior.

Y de otra parte contrató con FONADE para propender por el desarrollo y funcionamiento del Programa de Atención Integral a la Primera Infancia - PAIPI orientado a la ATENCIÓN INTEGRAL DE LA PRIMERA INFANCIA” para subsidiar la atención integral a los niños y niñas menores de cinco (5) años y/o hasta su ingreso al grado obligatorio de transición, en el marco de las obligaciones establecidas en el artículo 29 de la Ley 1098 de 2006 – Código de la Infancia y la Adolescencia.

Pues bien, hecha una reevaluación de la temática propuesta por parte de la Sala, se tiene que si bien el objetivo del MEN es garantizar y promover la política educativa, lo cierto es que ello no puede conllevar a pensar que tiene entre sus funciones y competencias la prestación directa del servicio, esto es, que actúe como prestador del servicio educativo, verbigracia, ejerciendo labores de docencia o en suministro de ellos.

Aunado a ello, el MEN en el marco de sus funciones, suscribió el convenio ejerciendo sus labores administrativas, de organización y control y no como beneficiario del servicio, pues se itera una vez más su objeto no es prestar servicios educativos sino crear políticas y lineamientos en ese sentido.

Razones por las que la tesis que venía siendo adoptada debe variar para señalar que no existe responsabilidad solidaria por parte del MEN.

Igualmente, bajo la égida de los postulados jurisprudenciales que desarrollan el artículo 34 del CST, se puede deducir que se necesitan determinar los siguientes elementos a fin de predicar la solidaridad del contratante inicial y los consecutivos en la cadena frente al trabajador:

a. La cobertura de una necesidad propia y directamente vinculada al objeto social: bueno es determinar que se habla de objeto social, entendiendo que la estructura del código sustantivo está diseñada para atender conflictos entre particulares; sin perjuicio de lo anterior, eventualmente personas jurídicas de derecho público pueden verse inmersas en asuntos de índole laboral que deban tramitarse por vía ordinaria; siendo éste uno de esos casos, razón por la cual el objeto social, debe entenderse por el encargo misional, constitucional o legal.

Ahora bien, el convenio interadministrativo suscrito entre el **MEN** y **FONADE** buscaba brindar atención integral a los niños y niñas acompañados por el PAIPI, en el marco de la decisión tomada por la comisión intersectorial que establece el traslado del PAIPI al ICBF en aras de cualificar los programas de atención a la primera infancia y facilitar el tránsito a la estrategia de CERO A SIEMPRE, teniendo como objeto garantizar la ejecución del seguimiento del plan de atención integral a la primera infancia PAIPI, asegurando el acompañamiento de los niños y niñas conforme que permitan facilitar y cualificar el tránsito a la estrategia de CERO A SIEMPRE.

Por su parte, la estrategia de Cero a Siempre tiene como objetivos principales **A.** Garantizar el cumplimiento de los derechos de las niñas y los niños en primera infancia. **B.** Definir una política pública de largo plazo que oriente al país en materia de sostenibilidad técnica y financiera, universalización de la atención y fortalecimiento de los territorios. **C.** Garantizar la pertinencia y calidad en la Atención Integral a la Primera Infancia, articulando acciones desde antes de la concepción, hasta la transición hacia la educación formal. **D.** Sensibilizar y movilizar a toda la sociedad colombiana con el propósito de transformar las concepciones y formas de relación con los niños y las niñas más pequeños. **E.** Hacer visible y fortalecer la familia como actor fundamental en el desarrollo infantil temprano.

Corolario de lo anterior, las demandantes indican en la acción ordinaria laboral que se desempeñaban como docentes y auxiliar docente y de la testimonial puede extraerse que sus funciones estaban encaminadas a la educación de los menores, estar pendientes de estos y de su nutrición, declaraciones realizadas de manera general.

Estos planteamientos conllevan a concluir que no se comparte el criterio forjado por la primera instancia; la solidaridad y para efectos prácticos en el presente asunto, surge como primera medida o elemento, cuando la actividad contratada con el contratista independiente, es propia de desarrollo normal del empleador; si la actividad contratada es parte, como ya se explicó del objeto misional de la entidad o desarrolla actividades propias que sean necesarias, imprescindible y específicos para la consecución del fin propio y perseguido para el cumplimiento óptimo del servicio público, en este caso “garantizar y promover, por parte del Estado, a través de políticas públicas, el derecho y el acceso a un sistema educativo público sostenible que asegure la calidad y la pertinencia en condiciones de inclusión, así como la permanencia en el mismo, tanto en la atención integral de calidad para la primera infancia como en todos los niveles: preescolar, básica, media y superior”

La actividad de docencia que desarrollaban las demandantes no cumplen a criterio de este cuerpo colegiado con los postulados misionales del MEN; las funciones desarrolladas tampoco permiten concluir que desenvolvían un papel primordial para prevención y protección integral de la primera infancia o el bienestar familiar, pues, si bien es cierto manifestó estar a cargo del cuidado de los niños, su familia y nutrición, lo hacen de manera generalizada, no establecen como realizaban tal actividad, cuál era el

control ejercido, qué medidas adoptaban para su protección, esto es, probatoriamente no se aportaron elementos que conlleven a una conclusión diferente, no se puede concluir que efectivamente se garantizaran la protección constitucional y legal que busca el MEN para dicha población vulnerable o mucho menos que cumpliera con el encargo misional de la entidad pública en materia de educación.

Por tanto, la contratación realizada por EDUVILIA FUENTES BERMÚDEZ a la demandante, para el desarrollo del convenio interadministrativo suscrito entre el **MEN** y **FONADE** no se evidencia que las actividades desarrolladas persigan el mismo objeto misional del MEN, por tanto, al romperse uno de los eslabones para la declaratoria de la solidaridad debe absolver y consecuentemente, se modificará en este sentido la sentencia de instancia.

La anterior variación en la tesis planteada por esta Corporación en punto a la solidaridad del MEN, también obedece a la reciente decisión adoptada por el Superior sobre la temática, entre otras, en sentencia de radicado 82593 del 25 de agosto de 2021, siendo M.P. Luis Benedicto Herrera Díaz, que a modo de ampliación se cita en lo relevante así:

“Por tanto, la Sala advierte el error ostensible del Tribunal en la valoración del convenio 929 de 2008, pues de éste no se deriva que la prestación del servicio de atención integral a la primera infancia, que se pretende financiar a través de tal acuerdo, sea competencia de la Nación – Ministerio de Educación Nacional, como lo enseñan las normas legales aludidas que le sirvieron de fundamento, las cuales establecen claramente la distribución de competencias entre los diversos actores de ese sector administrativo, sin que de ninguna de ellas se pueda derivar la de prestar servicios educativos a ningún nivel. Debe resaltarse que en la cláusula sexta de este contrato se designó al Icetex como el administrador de los recursos del Fondo, «a partir del direccionamiento y de las políticas determinadas por la Junta Administradora», Junta que está conformada por representantes tanto del Ministerio de Educación como del referido Instituto, tal y como fue previsto en la cláusula séptima, en la cual, además, se señaló que los funcionarios del Icetex que hagan parte de dicha Junta, «tendrán voz pero no voto», de lo que se colige que solamente los representantes del Ministerio en dicha Junta podrían tomar las decisiones respectivas.

(...)

Precisado lo anterior, la Sala advierte que en el contexto de la explicación dada respecto del Convenio n.º 929 de 2008, a la vez fuente y origen del que ahora se analiza, resulta equivocado el razonamiento del Tribunal respecto de su valoración, pues si bien, en principio derivó de él algo que acredita, esto es, que la empleadora de la demandante celebró un contrato con la Nación – Ministerio de Educación Nacional para prestar el servicio de atención integral a la primera infancia, concluyó de manera ostensiblemente errada que la actividad contratada con la señora Fuentes Bermúdez hacía parte de las «funciones» propias de la entidad recurrente, lo cual, como se ha demostrado, no es cierto a la luz de la normativa que les sirvió de fundamento a los dos acuerdos acusados.

Añádase a lo anterior que la Ley 1295 de 2009, «Por la cual se reglamenta la atención integral de los niños y las niñas de la primera infancia de los sectores clasificados como 1, 2 y 3 del Sisbén», vigente para la época en que la actora prestó sus servicios como docente del Colegio Gabriela Mistral, en su artículo 1º estableció como objetivo contribuir a mejorar la calidad de vida de los menores clasificados en los niveles 1, 2 y 3 del Sisbén, de manera progresiva, a través de una articulación interinstitucional que obliga al Estado a garantizarles sus derechos a la alimentación, la nutrición adecuada, la educación inicial y la atención integral en salud; y en el artículo 2.º dispuso a cargo del Estado la obligación de garantizar a esta población, de manera prioritaria, los derechos previstos en la Constitución y desarrollados en la ley, así, se señala que «los menores, durante los primeros años, [...] accederán a una educación inicial» y, para ello, en los artículos 3º, 4º y 5º de la referida ley se fijan las tareas precisas a cargo de varias entidades como la Nación - Ministerio de Educación Nacional, no obstante lo cual se debe tener presente que las materias allí señaladas y las responsabilidades asignadas obedecen a una distribución de competencias que, como se ha visto, armoniza desde la Ley 115 de 1994,

pasando por la Ley 715 de 2004 y que se repite en el artículo 9.º de la Ley 1295 de 2009, de la siguiente manera:

ARTÍCULO 9o. PARTICIPACIÓN DE LOS ACTORES DEL MODELO. El Ministerio de Educación Nacional, el Ministerio de la Protección Social y el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, cubrirán con sus capacidades y recursos las zonas de menor desarrollo del país, dejando a salvo la responsabilidad consagrada en la Ley 1098 de 2006, en departamentos, municipios y distritos que demuestren insolvencia para prestar el servicio, certificado por el Departamento Nacional de Planeación, según la reglamentación que para tal efecto expida el Gobierno Nacional. Los departamentos, con las seccionales del ICBF y las Secretarías de Educación y Salud, cubrirán en su región las zonas campesinas, y los municipios, con las localidades del ICBF y las Secretarías de Educación y Salud, su respectiva municipalidad o distrito. Cada región debe asumir los compromisos que le corresponden, de acuerdo con las metas consignadas en la propuesta de atención integral, según lo dispuesto en la presente ley. (Subrayas y cursiva de la Sala) Es decir, los Ministerios involucrados, entre ellos el de Educación Nacional, no pierden su calidad de planeadores, articuladores y financiadores de una política pública, pero la ejecución siempre queda en cabeza de las entidades territoriales.

Ahora bien, como se expresó desde el inicio de este acápite, debe reiterarse que en sede extraordinaria no se controvierte la conclusión fáctica del Tribunal conforme a la cual, Lenibeth Carrillo Rincones prestó sus servicios como docente en el colegio de propiedad de la señora Fuentes Bermúdez; y que en el ejercicio de tal labor «atendía a los niños de la población vulnerable haciendo atención pedagógica, formativa y psicosocial de los niños y su familia», precisamente, en ejecución del programa de atención integral a la primera infancia, tarea que guarda plena correspondencia con el objeto de los convenios 929 de 2008 y 44025 de 2009, pero no significa, en manera alguna, tal como se ha expuesto a lo largo de este proveído, que la Nación – Ministerio de Educación Nacional cumpla una función de prestador de servicios de educación en el marco de sus competencias reglamentarias, legales o constitucionales. Siendo ello así, se equivocó el Tribunal al encontrar acreditada la responsabilidad solidaria de la hoy recurrente frente a las obligaciones laborales surgidas a favor de la demandante en instancias, pues la tarea que ella desempeñó resulta ajena a las actividades, funciones y competencias de esta entidad.

(...)

No se trata de otorgarle esta última calidad (empleador) al beneficiario del servicio, sino de prever una garantía frente a los trabajadores. Es claro que el empleador es el contratista independiente, y el dueño de la obra tan solo funge como garante de éste para efectos laborales, salvo cuando se trate de actividades extrañas a sus labores normales, que es precisamente lo que acertadamente aduce la recurrente. Cierto es que para aplicar esta garantía tuitiva del trabajador, no resulta relevante la naturaleza jurídica oficial del beneficiario del servicio o dueño de la obra, pues lo cierto es que los derechos laborales que se reclaman se fundan en la existencia del vínculo laboral con la contratista, en este caso, con Eduvilia Fuentes, quien obró como empleadora de la demandante. De ahí que la calidad de entidad pública de la beneficiaria del servicio no incida en la aplicación de la responsabilidad fijada en el artículo 34 del CST, sino que resulta relevante, en este caso particular, que bajo ninguna circunstancia podría la Nación - Ministerio de Educación Nacional, hoy recurrente, prestar directamente el servicio educativo, o vincular o contratar docentes para que lo presten, con lo cual resulta más que evidente que no hay afinidad entre las funciones y competencias del ente público y la actividad desarrollada por el colegio para el cual prestó sus servicios la demandante en instancias, pues aunque ambos se ubican y desenvuelven en el sector educativo, sus roles resultan sustancialmente diferentes, por lo cual es un desatino endilgarle una responsabilidad solidaria que, a todas luces, no existe. (...) (subrayado fuera de texto).

Sin costas atendiendo al Grado Jurisdiccional de Consulta.

2. DECISIÓN:

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Riohacha, Sala Civil Familia Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: **REVOCAR** el numeral **TERCERO** de la sentencia de origen y fecha anotados, para en su lugar **ABSOLVER** al MEN de las pretensiones encaminadas en su contra.

SEGUNDO: **REVOCAR** los numerales **SEXTO Y SÉPTIMO** de la sentencia de origen y fecha anotados, en lo que atañe a la imposición de costas en cabeza del MEN, para en su lugar **ABSOLVER** al MEN de las pretensiones encaminadas en su contra.

TERCERO: **MODIFICAR** el numeral **SEGUNDO** de la sentencia de origen y fecha anotados para señalar que la condena por concepto de ineficacia *de la terminación de los contratos de trabajo debe ser tasada a razón de un día de salario por cada día de retardo desde el 16 de febrero de 2012 y hasta cuando se verifique el pago de aportes a seguridad social y parafiscalidad según las previsiones del párrafo del artículo 65 del CST, con base en el salario diario expuesto en primera instancia.*

CUARTO: **CONFIRMAR** en lo demás la sentencia de origen y fecha anotados.

QUINTO: **SIN COSTAS** en esta instancia atendiendo al Grado Jurisdiccional de Consulta.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

APROBADO
CARLOS VILLAMIZAR SUÁREZ
Magistrado Ponente

APROBADO
PAULINA LEONOR CABELLO CAMPO
Magistrada

(Con Salvamento de voto)
JOSÉ NOÉ BARRERA SÁENZ
Magistrado